



APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO DE ROSCOE POUND

Leopoldo García Ruiz

INTRODUCCIÓN

Roscoe Pound (Lincoln, Nebraska, 1870 - Cambridge, Massachusetts, 1964) es, con toda probabilidad, el filósofo del Derecho norteamericano más relevante de la primera mitad del siglo XX, y uno de los principales estudiosos y educadores del Derecho de todos los tiempos. Brillante profesor y escritor¹, dotado de una erudición poco común, Pound es recordado sobre todo por haber sido Decano de la Escuela de Derecho de Harvard entre 1916 y 1936 –período que usualmente es considerado como la Edad de Oro de esta institución–, y Decano *emeritus* de la misma a partir de 1936. Aunque los más de treinta años transcurridos desde su muerte hayan desdibujado, sin duda, su influencia inmediata –que conoció su apogeo entre los años veinte y cuarenta de este siglo–,

1. Pound –que antes de consagrarse a la docencia ejerció unos años como abogado y juez– enseñó a lo largo de su vida principalmente *Jurisprudence* (=Teoría del Derecho) pero también Derecho Romano e Internacional. Era considerado, además, una verdadera autoridad en materias como el Derecho administrativo y el Derecho comparado. Sus obras principales son *The Spirit of Common Law* (1921), *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922), *Interpretations of Legal History* (1923), *Social Control Through Law* (1942), *The Task of Law* (1944), *The Ideal Element in Law* (1958) y *Jurisprudence* (1959).

esos mismos años han contribuido a difundir sus ideas como lugares comunes en el pensamiento jurídico que informa la mentalidad de los juristas prácticos de hoy en los Estados Unidos: profesores, abogados y jueces se mueven en la actualidad al ritmo del pensamiento de Roscoe Pound, aunque quizás no siempre conscientemente².

La figura de Pound surge en el contexto de una reacción contra el formalismo jurídico y el espíritu individualista que habían presidido el Derecho a lo largo del siglo XIX en todo el mundo occidental³. En torno al cambio de siglo, Pound y otros pensadores a ambos lados del Atlántico abogan la supresión de la autosuficiencia metodológica de la Ciencia jurídica y reclaman su acercamiento a las ciencias sociales que han ido surgiendo y consolidándose por entonces. Quieren tomar más en cuenta los hechos sociales de los que el Derecho se ocupa y a los que se aplica, y estudiar los efectos sociales reales de doctrinas, preceptos e instituciones legales. En este intento, Pound recibe abundantes influencias de la filosofía jurídica europea: Ihering, Heck, Géný, Kantorowicz, Kholer, etc. En efecto, muchas de las tesis de estos pensadores se reflejan con claridad unos años más tarde en el sociologismo jurídico norteamericano, y tienen a Pound como divulgador principal.

El rigor y la altura científica de la obra de Pound le han convertido en un clásico de la filosofía jurídica. Y sin embargo,

2. Buena parte del elogio está tomado de SCHWARTZ, Bernard, *Artífices del Derecho norteamericano* (trad. R. Laporta), Madrid, Civitas, 1989, 140 ss. Sobre la biografía de Pound, cfr. SAYRE, Paul, *The life of Roscoe Pound*, Littleton, Fred B. Rothman, 1948 (reimp. 1981); WIGDOR, David, *Roscoe Pound, Philosopher of Law*, Westport, Greenwood Press, 1974.

3. El antiformalismo parece ser el factor común en el cambio de paradigma de todas las ciencias sociales por aquella época. Cfr. p. ej., WHITE, Morton G., *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, Boston, Beacon Press, 3ª ed., 1961, esp. cap. 5. Una interpretación más heterodoxa respecto del Derecho la ofrece DUXBURY, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1995, cap. 1.

como sucede con otros tantos, la suya es hoy en día una figura tan reconocida como poco estudiada. Se le recuerda como uno de los principales impulsores del sociologismo en la teoría jurídica⁴, se asocia su nombre al realismo jurídico norteamericano o –con mayor precisión– a la "jurisprudencia sociológica", el Derecho entendido como ingeniería social, etc. Pero, por lo general, la atención de la doctrina iusfilosófica actual deja a un lado, casi invariablemente, sus aportaciones⁵. El presente estudio se pro-

4. *Sociologismo jurídico, movimiento o incluso escuela sociológica del Derecho* son términos amplios usualmente empleados para designar las actitudes –a veces de inspiración muy diversa– que introducen criterios sociológicos en la reflexión sobre el Derecho y en la definición del mismo. La *sociología jurídica*, por su parte, es una rama de la sociología: una disciplina que investiga el Derecho en cuanto elemento de la estructura del orden social. La obra de Pound, que se inserta dentro de este movimiento sociologista en Derecho, se conoce generalmente con el nombre de *jurisprudencia sociológica* (aunque en ocasiones esta última expresión se ha utilizado también en sentido amplio como sinónimo de todo el movimiento, aquí se empleará siempre en el primer sentido). Queda, pues, claro que Pound es sociologista, pero no hace sociología (como Weber o Ehrlich), sino filosofía (teoría, si se prefiere: otra *vexata quaestio*) del Derecho; y que la jurisprudencia sociológica *no* es sociología jurídica, sino una corriente sociologista de pensamiento dentro de la filosofía del Derecho, aunque –como puede imaginarse– no se explique sin el influjo de aquélla. Cfr. en este sentido, p. ej., SAWER, Geoffrey, *Law in Society*, Oxford, Clarendon Press, 1965, 16, y en general, todo el cap. II. El sociologismo jurídico como tal, y multitud de cuestiones a él anejas, como las precisiones en torno al propio concepto sociológico del Derecho, los debates doctrinales acerca de la compatibilidad de métodos y disciplinas, la conveniencia de la sustitución de una ciencia por otra, etc., quedan fuera del ámbito del presente estudio. Puede encontrarse suficiente información al respecto, p. ej., en ROBLES, Gregorio, *Sociología del Derecho*, Madrid, Civitas, 1993, 15-20 y 125 ss.; TREVES, Renato, *La sociología del Derecho* (trad. M. Atienza, M^a. J. Añón y J. A. Pérez), Barcelona, Ariel, 1988; KRAWIETZ, Werner, "El concepto sociológico del derecho", en *Doxa* (5), 1988, 253 ss.

5. Los estudios sobre Pound abundan en los años cincuenta y sesenta y después decrecen notablemente. Si añadimos que este autor está inmerso en la tradición jurídica anglosajona, se comprenderá por qué hoy en España su obra es poco menos que desconocida. Tan sólo pueden citarse aquí las traducciones

pone, precisamente, volver a llamar la atención sobre su obra. En primer lugar, se analiza aquí la triple caracterización que Pound realiza del término "Derecho" como orden, como conjunto de directrices y como proceso. Toda esta concepción viene unificada y presidida por una nota de instrumentalidad: Pound entiende que no pueden separarse gratuitamente el *qué* y el *para qué* del Derecho, esto es, los objetivos que se propone, la misión de control social que tiene encomendada, los intereses que se propone proteger. De ahí que acto seguido se presente la cuestión de la finalidad del Derecho, y, en conexión con ella, el tratamiento del proceso judicial en acción y los límites de eficacia de la acción del Derecho.

Aunque a lo largo de estas páginas se recogen objeciones y argumentos críticos en relación a algunas de las tesis de Pound, el tono general del presente estudio es expositivo. Como regla general, por lo tanto, se encontrará en el cuerpo del texto más una descripción de la "jurisprudencia sociológica" de Pound que una valoración de sus méritos y limitaciones. A esto hay que añadir el carácter necesariamente sintético de nuestra aproximación: Pound fue, en palabras de un historiador de la filosofía del Derecho, "el teórico norteamericano del Derecho más prolífico de la historia"⁶.

que en su día realizó José Puig Brutau a *The Spirit of Common Law (El espíritu del common law*, Barcelona, Bosch, 1954) e *Interpretations of Legal History (Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1950). Este último incluye un estudio preliminar del propio Puig Brutau. Más recientemente, MORESO, Juan José - CASANOVAS, Pompeu (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1992, 303 ss., recoge un artículo de 1941 en el que Pound resume su filosofía jurídica. A esto hay que añadir algunas traducciones y estudios más en Argentina, Chile y México.

6. REUSCHLEIN, Harold G., *Jurisprudence. Its American Prophets*, Westport, Greenwood Press, 1971, 477. "He (Pound) has been America's most prolific writer on jurisprudence". Esta circunstancia obliga a que de algunas cuestiones se ofrezca aquí tan sólo un esbozo, sin abordarlas como mereciera el análisis de Pound al respecto, para ir al centro de su argumentación en cada punto. Cuando es el caso, se procura indicarlo así, y remitir a la fuente bibliográfica oportuna. Existen dos volúmenes que recogen la casi totalidad de

I. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

La discusión en torno al concepto de Derecho ha constituido siempre uno de los temas cruciales para la teoría jurídica. Dejando a un lado la cuestión de si es ésta o no la primera pregunta que debe responderse al preguntarnos por la realidad jurídica⁷, lo primero que se advierte al introducirse en este tema es la variedad de las respuestas que se han venido ofreciendo al mismo a lo largo de los siglos, desde Grecia hasta nuestros días. Las muchas connotaciones que tiene el término "Derecho" en cada idioma no hacen sino complicar aún más las cosas⁸.

También Pound es consciente de este problema, del que se ocupa en varios de sus escritos, y en particular en el segundo volumen de *Jurisprudence* —obra magna publicada en 1959 donde compendia su producción anterior—. Ciñéndose a la teoría jurídica de los últimos siglos, observa que se ha respondido a la cuestión

las publicaciones de Pound: SETARO, Franklyn C., *A Bibliography of the Writings of Roscoe Pound*, Cambridge, Harvard University Press, 1942, y STRAIT, George, *A Bibliography of the Writings of Roscoe Pound, 1940-1960*, Cambridge, Harvard University Press, 1960.

7. Comparto la opinión de que "hay que renunciar a partir del Derecho y situarnos en la perspectiva, más general, de lo jurídico, porque el Derecho no es, a diferencia de otras realidades, lo que podríamos llamar una realidad sustancial, o si se quiere, una *cosa* identificable. Por eso no cabe dar una definición estrictamente esencial del Derecho, sino de otro tipo. No cabe adoptar un pensamiento disyuntivo ante la realidad jurídica, porque tendría como consecuencia definiciones excluyentes, sin suficientes títulos" (SERNA BERMÚDEZ, Pedro, *Proyecto docente*, La Coruña, 1993, *pro manuscripto*, 46). Un concepto unívoco de Derecho a la larga resultará siempre reduccionista.

8. Sirva como muestra la reflexión que sobre el particular realiza Carlos S. NINO en el capítulo I de su *Introducción al análisis del Derecho* (Barcelona, Ariel, 6ª ed., 1995). El idioma inglés resulta particularmente espinoso en este punto, ya que la palabra *law* significa al tiempo "derecho" y "ley", con lo que a la multiplicidad de significados analógicos que tiene *law* en el lenguaje ordinario y otras disciplinas (ética, sociología, política, física), se añade un factor de equivocidad en el propio campo del Derecho. Cfr. nota 24 infra.

desde distintas perspectivas: histórica, filosófica, analítica, realista, sociológica. Entiende Pound que estas perspectivas en ciertos casos representan diferentes maneras de contemplar lo mismo. Pero no siempre. Basándose precisamente en esto, reúne las respuestas a la pregunta por el concepto de Derecho en tres grupos. Algunas respuestas contemplan el Derecho en términos de orden jurídico (*legal order*). Otras lo definen, en sentido amplio, como un conjunto de directrices o de criterios vinculantes para la determinación –y decisión, se entiende– de los conflictos (*body of authoritative grounds or of guides to determination of controversies*)⁹. Un tercer grupo, por fin, entiende el Derecho más bien como proceso, sea judicial o administrativo, en el que se actuarían esas directrices o criterios (*the judicial and administrative process*).

Entre los juristas –continúa– ha habido una mayor tendencia a pensar en el Derecho en el segundo de los sentidos recién expresados. Asimismo, ha habido una tendencia paralela, en unos y otros, a limitar el concepto de Derecho a uno sólo de esos tres

9. Cfr. POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, St. Paul, Minnessotta, West Publishing Co., volumen II, 5 (a partir de ahora las citas de Pound se harán sin mención de autor. La traducción, si no se indica otra cosa, es siempre mía). No resulta fácil traducir el adjetivo *authoritative*. Pound lo emplea constantemente en sus escritos –hay que creer por eso que con pretensiones técnicas–, y sin embargo no hay un término castellano único que denote lo mismo. En contra de las apariencias, el significado de este adjetivo inglés en nuestro idioma conectaría más con la noción romana de *potestas* que con la de *auctoritas*, aunque Pound no parece tenerlas presentes. De ahí que muchas veces se traduzca aquí por "vinculante" –palabra que tiene parecidas pretensiones técnicas y que al menos no distorsiona la concepción del Derecho que Pound mantiene– y otras por "obligatorio", "válido" o "autorizado". Cuando no esto no es posible se opta por emplear la expresión "con autoridad para", queriendo hacerse referencia genérica a que el material en cuestión (precepto, técnica, conjunto de ideales o criterios para la decisión, etc.) es considerado como parte integrante del orden llamado Derecho.

sentidos¹⁰. Pues bien: para Pound es perfectamente posible contemplar el Derecho en los tres sentidos al tiempo –como orden jurídico, como conjunto de directrices vinculantes y como proceso– unificándolos bajo la idea de control social: el Derecho vendría a ser una forma especializada de control social y de coordinación de los intereses humanos en cualquiera de sus tres sentidos. A continuación se examina su propuesta con mayor detenimiento.

1. *El Derecho como orden*

Desde un punto de vista orden lógico, dice Pound, el término "Derecho" (*law*) se emplea primeramente para designar el orden jurídico positivo (*legal order*), esto es, "el régimen por el que se componen las relaciones entre los hombres y se ajusta su conducta a través de una aplicación sistemática y ordenada de la fuerza en una sociedad políticamente organizada"¹¹. Al tiempo que concede la primacía lógica a la noción de Derecho como orden, Pound hace notar que de este modo se está alineando con los juristas de la Escuela histórica y los sociólogos de corte historicista, pues unos y otros coinciden en definir el Derecho en términos de orden jurídico¹².

10. Cfr. "Theories of Law", *Yale Law Journal*, 1912, (22), 114 ss.; "More About the Nature of Law", en VV. AA., *Legal Essays in Tribute of Orrin K. Mac Murray*, Berkeley, University of California Press, 1935, 513-531; y *Jurisprudence*, vol. II, 7. En las páginas 19 a 89 de esta última obra realiza una exposición de las distintas concepciones del Derecho desde la Grecia clásica hasta nuestros días, en la que pone de manifiesto esas dos tendencias.

11. *Jurisprudence*, vol. II, 104-105.

12. Cfr. *ibid.*, 88. Ehrlich da un paso más y considera como Derecho el orden interno de grupos y asociaciones de cualquier clase. En este sentido, afirma Pound a continuación: "Es manifiesto que estos sociólogos y los juristas no están hablando de lo mismo" (*ibid.*, 89).

El orden jurídico –esto es, el Derecho en su primer sentido– se encuentra inserto en la organización política de una sociedad, en lo que desde la Edad Moderna ha venido conociéndose como Estado¹³. Y lo que el Estado persigue a través del orden jurídico es, principalmente, el control social. Dicho orden puede cumplir, y de hecho cumple en numerosas ocasiones, con otros cometidos, como los de servicio público en satisfacción de las necesidades y deseos de los ciudadanos. Pero ello no sucede siempre ni necesariamente: el régimen que llamamos Derecho constituiría ante todo una forma de control social altamente especializada¹⁴.

La reflexión sobre esta primera acepción del término "Derecho" en los escritos de Pound no va mucho más allá de estas breves consideraciones. Por consiguiente, la primacía lógica que Pound otorga a la noción de orden no se traduce, estrictamente hablando, en extensión de tratamiento. Mucho más amplio es el que dedica, sin embargo, a la consideración del Derecho en su segunda acepción.

2. *El Derecho como conjunto de preceptos, técnica e ideales jurídicos.*

Este es, históricamente hablando –prosigue Pound–, el uso más común y continuado del término "Derecho" (*law*). Con todo, la formulación que hasta ahora se ha venido repitiendo –conjunto de criterios que resultan vinculantes para la resolución de conflictos– resulta aún deliberadamente genérica. Cabe una manera más estricta de referirse al Derecho así entendido, como un "sistema de materiales puestos o reconocidos como válidos en

13. Cfr. al respecto en Pound, "Law and the State–Jurisprudence and Politics", *Harvard Law Review*, 1943-44, (57), 1193 ss.; y también *Jurisprudence*, vol. II, cap. 12.

14. Cfr. *Jurisprudence*, II, 105 y 323-324. La noción de control social se desarrolla más adelante.

una sociedad políticamente organizada para guiar la acción judicial y administrativa en su resolución de conflictos"¹⁵.

Pero, ¿qué materiales son éstos? En este punto –argumenta– conviene detenerse para no identificar el Derecho (*law*) con un mero conjunto de normas (*laws*)¹⁶, como hacen el normativismo analítico y el sociológico. El Derecho es para Pound algo más significativo y duradero que las normas, las cuales no serían sino simples materiales que aquél conforma y vivifica¹⁷. El Derecho como un todo hace que las normas sean eficaces en su misión como instrumentos para hacer justicia: las desarrolla, completa sus lagunas, define sus límites.

Como puede apreciarse, estamos ante una concepción del Derecho compleja, articulada. En ella se toman en consideración distintos elementos: cada uno tendría su misión determinada, y su conjunto ofrecería como resultado el Derecho en su segunda acepción. Estos elementos –que se analizan ahora con mayor detenimiento– son los preceptos, la técnica y los ideales jurídicos.

2.1. *Preceptos. Elementos imperativo y tradicional*

Los preceptos jurídicos (*legal precepts*) pueden ser reglas, principios, conceptos jurídicos, y estándares¹⁸.

15. *Ibid.*, 106.

16. Cfr. *ibidem*. Por influencia de la doctrina alemana, el término usual hoy en día en el Continente europeo y su área de influencia es el de "normas". Sin embargo, la palabra *norm*, aunque existe en inglés, no se emplea con ese sentido técnico-jurídico en los países de *common law*. La traducción literal de *laws* sería, pues, "leyes", entendidas en sentido amplio –clásico, podría decirse– y no en sentido técnico (= *statute*, *act*).

17. Cfr. *ibidem*. Cfr. también "What is Law?", *West Virginia Law Quarterly*, 1940, (47), 1 ss.; "Juristic Science and the Law", *Harvard Law Review*, 1918, (31), 1047 ss.; y "A Theory of Judicial Decision for Today", *Harvard Law Review*, 1922-23, (36), 940 ss.

18. Cfr. *Jurisprudence*, II, 124-128.

Pound llama reglas (*rules, rules of law*) a los preceptos que conectan un concreto y determinado supuesto de hecho con una concreta y determinada consecuencia jurídica¹⁹. Son obra del poder. Esta es la clase de precepto más simple y utilizada desde los inicios del Derecho.

Los principios jurídicos (*legal principles*) vienen a ser los puntos de partida autorizados del razonamiento jurídico, a partir de los cuales se buscan reglas o bases para la decisión de controversias jurídicas. Permiten organizar la experiencia adquirida en la interpretación y aplicación de las reglas, diferenciando unos casos de otros y estableciendo proposiciones generales más allá de las diferencias. Son obra de los juristas, y aparecen con la llegada de la literatura y la especulación jurídicas, de manera que su presencia como factor de control es señal de desarrollo de un sistema jurídico. Las máximas o proverbios jurídicos serían una forma históricamente temprana de los principios.

Los conceptos jurídicos (*legal conceptions*) son categorías jurídicamente definidas bajo las cuales pueden ser subsumidos los casos, de modo que, cuando ciertas situaciones de hecho entran dentro de una categoría, les son aplicables una serie de reglas, principios y estándares. Son fruto de la actividad sistematizadora y organizadora de los estudiosos del Derecho.

Por último, los estándares (*standards*) vienen a ser patrones de conducta jurídicamente obligatorios, de modo que si alguien se separa de ellos en su actuación se arriesga a incurrir en responsabilidad o a que aquélla sea declarada jurídicamente inválida.

19. Cfr. *ibid.*, 124. Se ha dicho que Pound reduce en exceso el concepto de *rule*, pues no repara en la existencia de reglas dentro del ordenamiento jurídico que no responderían a esta caracterización: reglas permisivas y constitutivas de situaciones jurídicas, reglas que confieren facultades o que definen conceptos, etc. Cfr., p. ej., MORRIS, Herbert, "Dean Pound's Jurisprudence", en SUMMERS, Robert S. (ed.), *More Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1971, 58.

Tienen su origen en consideraciones de equidad y Derecho natural.

Compruébese que, bajo la denominación de "preceptos", Pound engloba conscientemente categorías ciertamente heterogéneas. No concibe el Derecho como un mero conjunto formal de normas o reglas que conectan un determinado supuesto de hecho con una consecuencia jurídica: las reglas serían sólo un tipo de preceptos. Los principios, los conceptos jurídicos y los standards son por tanto caracterizados con un claro talante normativo, bien directo —en el caso de los principios—, bien reflejo —en los otros dos casos²⁰—.

Por otro lado, Pound entiende que un conjunto desarrollado de preceptos jurídicos está compuesto de dos elementos —dos dimensiones, cabría decir— que también podrían apreciarse en cada precepto singular: elemento imperativo y elemento tradicional²¹.

La dimensión imperativa de un precepto o conjunto de ellos es la que descansa en la promulgación. La base de su obligatoriedad (*authority*)²² es el poder del Estado. La dimensión tradicional del elemento preceptivo del Derecho es aquella que descansa, en principio, sobre los usos y la práctica de tribunales y abogados; y con el tiempo —y la influencia de la reflexión filosófica y la docencia del Derecho—, sobre la ciencia jurídica y los hábitos de

20. "Las dos primeras (categorías) tienen carácter normativo, mientras que las dos últimas son puramente descriptivas, si bien sirven para calificar determinadas acciones o estados de cosas a los cuales, precisamente en virtud de esa calificación, se les habrá de aplicar una determinada normatividad" (SERNA BERMÚDEZ, Pedro, *Jurisprudencia de principios. Una aproximación realista*, Pamplona, 1993, *pro manuscripto*, 35-36).

21. Cfr. *Jurisprudence*, II, 9 ss. Aunque Pound hable de *elements*, se refiere a dimensiones y no a partes lógicamente separables de los preceptos. Advierte (cfr. *ibidem*, nota 4) que no son *elementos* del Derecho, sino constitutivos del *elemento* preceptivo del Derecho. Razón de más para traducir en adelante *dimensiones*. Cfr. *ibid.*, 89-96.

22. Cfr. nota 9 supra.

razonamiento propios de la profesión jurídica. Se entiende que la base de la obligatoriedad de esta dimensión es la conformidad que demuestre con la razón y con las concepciones ideales sobre lo justo (*ideals of right*) socialmente imperantes en cada momento.

En los ordenamientos jurídicos contemporáneos, escribe Pound, la dimensión imperativa es la predominante y la que se tiene por moderna, mientras que a la tradicional se la tiene por histórica. Pero ninguna de las dos es necesariamente la histórica o la "moderna": están constantemente, por así decirlo, intercambiando su papel. Porque, 1) hay siempre una transformación gradual de la dimensión imperativa en tradicional; y 2) la dimensión tradicional se desarrolla a través de la experiencia judicial y de la ciencia jurídica, y sus principios se expresan en reglas detalladas, de modo que esas reglas acaban por lo general tomando forma imperativa mediante su entrada en la legislación.

La interesante reflexión de Pound a propósito de estas dos dimensiones del elemento preceptivo del Derecho —siempre en este segundo sentido— no se detiene aquí²³. Son dichas dimensiones y sus respectivos fundamentos de obligatoriedad la causa de que, en opinión de Pound, puedan encontrarse en la historia de la ciencia del Derecho dos distintas ideas globales sobre lo jurídico. Y lo que es más: la mayoría de los idiomas habrían originado dos palabras distintas en correspondencia con estas dos ideas. La idea de lo justo (*right*) y de la justicia (*justice*) que la dimensión tradicional llevan consigo se expresarían mediante los términos *ius*, *droit*, *Recht*, derecho. Por su parte, el grupo de palabras *lex*, *loi*, *Gesetz*, ley, designarían en primer lugar esa dimensión imperativa del elemento preceptivo, y, por extensión,

23. Acerca de las tareas que cada una de estas dimensiones asumiría en la elaboración del Derecho, cfr. *Jurisprudence*, II, 89-96.

el Derecho entero entendido como conjunto de preceptos, ideales y técnicas²⁴.

2.2. Técnica jurídica

En cualquier sistema jurídico desarrollado –prosigue– hay una técnica, una tradición en cuanto al modo de desarrollar y aplicar los preceptos, mediante la cual éstos se van perfeccionando, extendiendo o restringiendo su ámbito de aplicación y adaptándose a las exigencias de la administración de justicia. Este "arte del oficio del jurista" sería tan vinculante como los propios preceptos, y no menos importante que ellos. De hecho, Pound se muestra convencido de que es ante todo este elemento técnico el que marca la diferencia fundamental entre los dos grandes sistemas jurídicos del mundo moderno, a saber, el romanista y el anglosajón²⁵.

No deben confundirse técnica y preceptos, advierte Pound. Los modos de tratar los preceptos, examinarlos, darles forma, etc., que constituyen la técnica son verdaderos hábitos mentales del trabajo jurídico. Aunque los que reducen el Derecho a un conjunto de reglas dirían, por ejemplo, que la técnica del precedente en el *common law* es una simple regla –a saber, que los tribunales deben quedar vinculados por sus anteriores decisiones–, "ésa no es una regla en el mismo sentido que lo es la de que un testamento debe otorgarse ante un número determinado de testigos"²⁶.

24. *Ius* puede equivaler en inglés a tres cosas: *right* (lo justo ético), *a right* (derecho como pretensión de orden moral o jurídico) y *law*, en el segundo sentido que Pound le otorga a "Derecho" (conjuntos de criterios vinculantes para decidir las controversias). *Lex*, por su parte, puede traducirse por *a law* (ley, disposición escrita) o como *aggregate of laws or precepts* (conjunto de leyes o normas). Cfr. *Jurisprudence*, II, 15-17.

25. Cfr. *ibid.*, 107 ss.

26. *Ibid.*, 111.

La técnica del precedente tampoco sería un principio en el sentido en que lo es, por ejemplo, el de que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro. Esto último sí constituiría un punto de partida o premisa con autoridad para el razonamiento jurídico, y no aquéllo. La doctrina de los precedentes, por otro lado, no es algo que pueda desarrollarse a través de la analogía como lo hacen los preceptos, ni de la cual puedan deducirse criterios materiales para resolver un litigio. En definitiva, estamos ante un arte tradicional de decisión de los casos por referencia a decisiones judiciales anteriores. Con él se opta por un modo particular de desarrollo de los criterios decisorios de las controversias jurídicas, basado en la experiencia judicial acumulada, de igual modo que en los países romanistas se prefiere que el desarrollo de tales criterios se realice a través de la sujeción a unos textos legales, dándose así origen a una técnica jurídica diferente²⁷.

2.3. *El elemento ideal del Derecho*

Existe asimismo en el Derecho —entendido en este segundo sentido del que se viene hablando— un conjunto de ideales jurídicos vinculantes (*received, authoritative ideals*). No está pensando Pound, sin embargo, en ideales inmutables y eternos. La presencia de este elemento o dimensión ideal implicaría necesariamente, según él, la referencia a un orden social temporal y espacialmente determinado. Los únicos ideales jurídicos posibles y existentes serían entonces los que se formaran en cada orden social.

Pound cree que los valores que el Derecho protege son específicamente jurídicos, derivados de su particular experiencia, y nunca universales o eternos. Son específicos de una sociedad y su Derecho en un cierto momento de su historia. Pound los deno-

27. Cfr. *ibid.*, 112.

mina "postulados jurales" (*jural postulates*) de cada época y lugar. En última instancia, el Derecho tendería en su formulación y actuación a reflejar esos valores.

Las características que Pound otorga a este elemento ideal obedecen a una concepción particular sobre lo que el orden social es y significa, y por ende remiten a la noción de control social como finalidad o propósito del Derecho. Porque es este propósito de control —dirigido al ideal civilizador— lo que constituye, en opinión de Pound, el necesario trasfondo de toda actividad de interpretación y aplicación de los preceptos jurídicos. Esto es especialmente claro en el caso de los estándares. Lo que se entienda por diligencia de un buen padre de familia, buena fe, etc., dependerá de los ideales que informen la sociedad en la que dichos patrones de conducta hayan sido establecidos como jurídicamente obligatorios, y tales ideales variarán según las sociedades y las épocas. Por otra parte —añade— piénsese en nuevas situaciones sin cobertura jurídica a las que varios principios jurídicos serían potencialmente aplicables. Lo que se hace en esos casos es elegir el punto de partida del razonamiento jurídico que responda mejor a la finalidad del control social que el Derecho persiga en una sociedad determinada. De esta manera —concluye—, no pueden haber tenido los mismos ideales jurídicos, a la luz de los cuales interpretar sus respectivos preceptos, la sociedad inglesa del Medievo y la América de los pioneros, por ejemplo²⁸.

28. Para una explicación más detallada de esta cuestión, cfr. *Jurisprudence*, II, 116 ss.; *The Spirit of Common Law*, Boston, Marshall Jones Co., 1921, 112 ss.; "The Ideal Element in American Judicial Decision", *Harvard Law Review*, 1931, (45), 136 ss.; "A Comparison of Ideals of Law", *Harvard Law Review*, 1933, (47), 1 ss. En cuanto al carácter civilizador del Derecho, Pound se inspira en la obra del filósofo del Derecho alemán Josef Kohler (1849-1919). Pound está de acuerdo con él en que el Derecho es un instrumento de la civilización, y en la dimensión de control que eso lleva consigo (cfr. *Jurisprudence*, III, 7), y encuentra muy útil su planteamiento por cuanto le parece una feliz síntesis de los puntos de vista histórico, analítico del siglo

Sea cual fuere la naturaleza de este "elemento ideal," lo que no le ofrece dudas es que los tribunales, legisladores y funcionarios de cualquier sociedad que haya tenido un ordenamiento jurídico más o menos desarrollado han procedido siempre sobre la base de *algo más* que el simple conjunto formal de preceptos jurídicos vinculantes en cada momento. Y que la mera existencia de los preceptos no sería suficiente para justificarse a sí misma. Incluso los juristas analíticos —advierte— construyen un plan ideal para explicar en lo posible las vicisitudes de la administración de justicia, buscando adecuar al mismo los fenómenos que permanezcan sin explicación. En conclusión: cuando se idean teorías del Derecho que excluyen esas dimensiones del ámbito de lo jurídico se incurre en un enorme autoengaño, afirma. Estos ideales proporcionan a los preceptos jurídicos su contenido vivo, y en los casos difíciles se erigen en el criterio último de elección, configuración y aplicación de los materiales jurídicos a la resolución de controversias²⁹.

3. *El Derecho como proceso*

Finalmente, cabe una tercera acepción general de "Derecho" entendido como proceso en el que se actúan los preceptos mediante el empleo de una técnica y a la luz de unos ideales.

Dicha acepción ha sido tradicionalmente puesta de relieve sobre todo en el mundo anglosajón. No en vano, el sistema de

XIX y sociológico (cfr. *Interpretation of Legal History*, Gloucester, Peter Smith Publ., 1967, 1ª ed. 1923, 141-150). Kohler definía la civilización como el desarrollo de las capacidades humanas hasta sus más completas posibilidades. La labor del orden jurídico en este contexto sería el mantenimiento de los valores existentes de la civilización y la creación de valores nuevos. La civilización así entendida comportaría una actividad de control sobre la naturaleza física (control externo), y otra sobre las tendencias asociales de la naturaleza humana (control interno).

29. Cfr. *Jurisprudence*, II, 122; *The Ideal Element in Law*, Calcutta, University of Calcutta, 1958, *passim*.

common law de estos países siempre ha girado en torno al proceso. Por lo que respecta a Estados Unidos, ya Holmes y Cardozo habían divulgado tempranamente la identificación entre "Derecho" y "proceso judicial", y con ella, la mentalidad judicialista en el pensamiento iusfilosófico³⁰. No es extraño por eso —observa Pound— que, unos años después, ése fuera el sentido del término "Derecho" más acentuado por el realismo jurídico norteamericano (Frank, Llewellyn). Los realistas prestaron una atención mucho mayor hacia la concreta y efectiva administración de justicia que hacia los materiales jurídicos que guían la acción judicial, pensando descubrir ahí los factores determinantes de lo jurídico. Derecho sería exclusivamente, por tanto, lo que de hecho deciden los tribunales³¹, o, generalizando, todo control oficial que tenga lugar en una organización política.

Sin duda, el movimiento realista mostró un talante mucho más escéptico que el de Pound en su negación del Derecho como un

30. A través sobre todo de sus célebres votos particulares como Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver W. Holmes (1841-1935) contribuyó tempranamente a la difusión de una mentalidad sociologista en el Derecho norteamericano. El sucesor de Holmes en la Corte, Benjamin N. Cardozo (1870-1938), realizó también una crítica feroz de la jurisprudencia formalista en obras como *The Nature of the Judicial Process* (1921) y *The Growth of the Law* (1924), con la que preparó el triunfo de Pound y del realismo jurídico. Fue Pound, sin embargo, el primero que reunió esas críticas en un programa completo.

31. En esto adoptaban el punto de vista que Holmes había expresado años atrás en su ya clásica conferencia *La senda del Derecho* (1897): "*the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious*" (HOLMES, Oliver W., "The Path of Law", en *Collected Legal Papers*, 1921, 172-173). Los realistas se consagraron a la tarea de descubrir y analizar los factores que llevan a los operadores jurídicos, y especialmente a los jueces, a decidir de una determinada manera en cada caso concreto: sus predisposiciones psicológicas, sus convicciones morales y políticas, las circunstancias económicas y sociales que les rodean, las técnicas que emplean para la racionalización *ex post facto* de sus decisiones, etc.

conjunto de reglas preestablecidas y formuladas en abstracto³². Pero Pound comparte con ellos, por un lado, el planteamiento inicial que resalta la aplicación como momento decisivo de lo jurídico; y por otro, la consideración de que el procedimiento administrativo (*administrative process*) entraría plenamente en esta tercera caracterización del término "Derecho". De hecho —explica— la manera de pensar el Derecho a la que se está haciendo referencia ha sido estimulada en el mundo anglosajón por la cada vez más frecuente actividad administrativa en orden a componer las relaciones de los particulares y a ordenar sus conductas³³. El procedimiento cobra en estos casos mayor relevancia que los preceptos sustantivos puestos para regular la actuación administrativa.

En resumen, tenemos así que para Pound: 1) el Derecho (*law*) puede caracterizarse según estos tres sentidos en los que a lo largo de la historia los juristas han venido entendiendo el término; 2) estos sentidos no son excluyentes sino complementarios; y 3) su integración es posible en la idea de control social. Llega entonces a formular una definición del Derecho más completa, reuniendo todos estos elementos: *"Podemos concebir (el Derecho como) un régimen que es una forma altamente especializada de control social, ejercida de acuerdo con un conjunto de preceptos vinculantes que se aplican a través de un proceso judicial o*

32. La irrupción del realismo jurídico norteamericano en los años treinta sirvió para que Pound, en contraste con este movimiento, precisara los contornos de su teoría jurídica y moderara, en alguna medida, el alcance de su orientación sociologista. Es significativo que alrededor de la II Guerra Mundial, y después de la experiencia de los regímenes totalitarios, Pound se desmarque claramente de esta corriente de pensamiento —la cual, bajo su punto de vista, había servido de amparo a dichas pretensiones políticas—, y con la que en ningún momento había llegado a identificarse realmente. Cfr. "The Call for a Realistic Jurisprudence", *Harvard Law Review*, 1931, (44), 697 ss., y especialmente *Contemporary Juristic Theory*, Littleton, Fred B. Rothman, 1981 (1ª ed. 1940), *passim*.

33. Cfr. *Jurisprudence*, II, 123.

administrativo, según una técnica preestablecida y a la luz de unos ideales recibidos"³⁴.

Si se profundiza en esta caracterización que Pound realiza del concepto de Derecho, se comprenderá porqué, en su opinión, la pregunta decisiva en filosofía jurídica no es tanto *qué* es el Derecho, cuanto *para qué* sirve. La tarea que desempeña el Derecho y los propósitos que persigue son, según él, primordiales a la hora de describir y comprender su naturaleza. Como consecuencia, otorga una importancia capital a la cuestión de la finalidad en el Derecho, la cual pasamos ahora a abordar en detalle.

II. LA FINALIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

1. *Los objetivos del Derecho*

1.1. *La idea de control social*

La respuesta a la pregunta por la finalidad del Derecho –dice Pound– es difícil y tiene amplias repercusiones. "No obstante, y aunque no podamos responderla absolutamente, tampoco podemos renunciar a ella...". Porque "el Derecho es algo práctico (...) y existen muchas actividades prácticas cuyos postulados no resistirían un examen lógico-crítico si exigiéramos en ellos una absoluta correspondencia entre los fenómenos y la teoría; y sin embargo sirven a sus propósitos prácticos de manera bastante satisfactoria"³⁵. Si la teoría jurídica no puede dar una respuesta absolutamente demostrable y filosóficamente convincente a la cuestión de la naturaleza del Derecho, al menos proporciona una

34. *Ibid.*, 124.

35. VV. AA., *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Legal Scholars*, Littleton, Fred B. Rothman, 1981 (reimp. de 1ªed., 1941), 250.

buena hipótesis de trabajo para ello. La historia demuestra que siempre es posible indagar los propósitos prácticos del orden jurídico, realizar una aproximación cada vez más cercana a los mismos que permita el mantenimiento y el desarrollo constante del Derecho³⁶. Esta indagación es la que Pound se propone llevar a cabo con sus reflexiones.

Como ya se ha dicho, la noción de control social unificaría para Pound los sentidos de lo jurídico. El Derecho, en cualquiera de sus sentidos, sería en último término una forma de control social. Para llegar a esta conclusión, Pound ha realizado dos opciones consecutivas:

— primero, asume una actitud funcional, inspirada en el "segundo Ihering"³⁷, según la cual la función que desempeña el

36. Cfr. *ibid.*, 251. Pound toma como ejemplo lo que ha sucedido con la geometría tras Einstein: "Si, como ahora se nos dice, vivimos en un universo curvo en el que no hay planos, ni líneas rectas, ni ángulos rectos, ni perpendiculares, eso no implica que debamos abandonar una planimetría que funciona satisfactoriamente en la base de tales postulados" (*ibidem*). Esta actitud conecta directamente con el antilogicismo de William James, como por lo demás el propio Pound reconoce a continuación.

37. Como es bien sabido, Rudolf von Ihering (1818-1892), criticó con mucha dureza —en obras como *El fin en el Derecho* (*Der Zweck im Recht*, escrita entre 1877 y 1883) o *Bromas y veras en la jurisprudencia* (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, de 1884)— la jurisprudencia de conceptos que él mismo había contribuido a desarrollar en un primer momento, e insistió en la necesidad de considerar los intereses a proteger por el ordenamiento jurídico más que las estructuras jurídico-formales previstas para protegerlos. Se trataba, como dice Robles, de una sociologización del pensamiento jurídico desde el seno mismo de la dogmática jurídica, en un intento de encontrar pautas metodológicas aplicables a los problemas prácticos (Cfr. ROBLES, Gregorio, *Sociología del Derecho*, Madrid, Civitas, 1993, 20). A partir de este "segundo Ihering", se inicia toda una tradición de pensamiento que va desembocando en diversas corrientes: en Alemania la "jurisprudencia de intereses", desarrollada principalmente por Philipp Heck (1858-1943), y el Movimiento de Derecho libre de Hermann Kantorowicz (1877-1940); en Francia, la Escuela de la libre investigación científica de François Gény (1871-1938), etc. Muchas de las tesis de estos pensadores se reflejarían con claridad unos años más tarde en el sociologismo jurídico norteamericano.

Derecho sería primordial a la hora de describir su naturaleza. Pound entiende que el jurista debe esforzarse por tomar conciencia de los propósitos que mueven al Derecho y de los fines que persigue. Como Ihering, además, piensa que dichos fines serían de naturaleza social, esto es, immanentes a la vida misma de la sociedad.

— segundo, opta por una abierta introducción de criterios sociológicos en la definición de Derecho. "(C)uando uno se pregunta cuál es la tarea del Derecho (...), para qué sirve toda esta complicada maquinaria, la respuesta debe ser que el fin, sea cual sea, es un fin de control social, del que el Derecho en sus tres sentidos es una forma especializada"³⁸.

Pound se acoge a la definición de control social que propone el sociólogo Edward A. Ross: "control de cada uno de nosotros por la presión de sus congéneres, sea ésta inconsciente e involuntaria o intencionada y directa"³⁹, para obligarle a contribuir como

38. "When, therefore, one asks himself what is the task of the law (...), what all this complicated machinery is for, the answer must be that the end, whatever it is, is the end of social control of which law in all three of its meanings is a specialized form" (*My Philosophy of Law*, cit., 250). De este y otros textos se deduciría que Pound identifica tarea (*task*, *role*) y finalidad (*end*, *purpose*) del Derecho. Esta presunta identificación le ha valido críticas desde el propio ámbito de la sociología jurídica: "Por no distinguir entre función y fin del Derecho, no queda claro si su descripción del modo de funcionar el Derecho es una descripción de lo que realmente pasa, o una prescripción del modo en que el sistema jurídico *debería* funcionar para contribuir adecuadamente a la cohesión social" (COTTERRELL, Roger, *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. C. Pérez Ruiz, Barcelona, Ariel, 1991, 74). E. McLean subraya con acierto que, en realidad, el control cumple una tarea subordinada respecto de la dimensión civilizadora, y que ésta última sería propiamente la finalidad del Derecho (McLEAN, Edward B., *Law and Civilization. The Legal Thought of Roscoe Pound*, Lanham, University Press of America, 1992, cap. 1). Con todo, las críticas a la teoría jurídica poundiana —por parte de sociólogos y teóricos del Derecho— han coincidido justamente a veces en censurar la vaguedad de las fórmulas que Pound emplea, en este y en otros puntos.

39. Cit. en *Jurisprudence*, I, 15.

mejor pueda en el sostenimiento de la sociedad civilizada, y disuadirle de conductas contrarias al mantenimiento del orden social. En este sentido –concluye– el Derecho ha sido una instancia sobresaliente de control social al menos desde el siglo XVI⁴⁰. Es mediante esta presión cada vez más organizada y directa como se domina la tendencia de la naturaleza humana a autoafirmarse por encima de los otros, y se promueve la civilización.

Sin embargo, no todo control social sería Derecho ni se lograría a través del Derecho. Nótese que Pound habla del Derecho, especialmente en su sentido de orden, como *una* forma de control social: quizás la más sofisticada, pero no la única. Y es que el Estado no es, a su juicio, la única organización por la que se ejerce un efectivo control social: también lo ejercen grupos familiares y asociaciones voluntarias de cualquier clase, confesiones religiosas, sindicatos u organizaciones secretas⁴¹. Desde ese punto de vista, el Estado sería una más de lo que Hauriou denomina instituciones o Timasheff estructuras sociales de poder⁴².

La nota distintiva del Derecho en este contexto es que se trataría de la única forma de control social que normalmente emplea la sanción de la presión física externa: las demás se apoyan habitualmente en la llamada sanción del reproche social, siendo su última *ratio* la expulsión del grupo. Lo que tendría entonces de específico el control social ejercido a través del Derecho sería consistir en "la aplicación sistemática de la fuerza

40. Desde que la Reforma protestante acabó con la cohesión moral en Occidente. Cfr. *ibid.*, III, 6-7.

41. Cfr. *ibid.*, II, 300-301.

42. Cfr. *ibid.*, II, 301. Sin embargo, no cree que por ello pueda llamarse "Derecho" –como harían Ehrlich o Vinogradoff– a *todo* régimen de control de esas organizaciones (cfr. nota 12 supra). De ahí cabe deducir que, para Pound, el Derecho sería un régimen de control propio –si bien no exclusivo– de las organizaciones estatales.

en una sociedad políticamente organizada"⁴³. Bien entendido que dicha aplicación sistemática de la fuerza, cuando el orden jurídico ha alcanzado cierto desarrollo, se canaliza a través de un procedimiento judicial y administrativo, el cual debe ejercerse con arreglo a unos ideales de justicia y a una técnica de desarrollo de principios del razonamiento jurídico. Por lo tanto, la comprensión del Derecho incluiría para Pound la comprensión de sus limitaciones: el orden jurídico debe contar con la fuerza y, consecuentemente, esa dependencia implicaría cierta debilidad⁴⁴.

1.2. *La socialización del Derecho en el siglo XX*

Pound hace notar que, para la comprensión cabal de lo que significa el orden jurídico, "es necesaria una interpretación de la historia del Derecho que considere los siguientes factores: los hombres que intervienen en el hallazgo y adaptación de los materiales jurídicos, los materiales con los que trabajan, las circunstancias bajo las que actúan y los objetivos que les mueven a obrar"⁴⁵. Con este objetivo rastrea en los preceptos y doctrinas y en la historia de las concepciones jurídicas, en busca de las distintas respuestas que se han ofrecido a la cuestión del fin del

43. *Jurisprudence*, I, 16. Hay quienes manifiestan cierta sorpresa por este eco de Austin en el centro de la teoría jurídica poundiana. Así, p. ej., GOODHART, Arthur L., "Roscoe Pound", *Harvard Law Review*, 1964, (78), 31. En todo caso, pensamos que se trataría de un eco de la entera teoría jurídica decimonónica, que se remonta hasta Thomasius.

44. Cfr. *The Ideal Element in Law*, cit., 53; *Social Control through Law*, Hamden, Archon Books, 1968. (1ª ed. 1942), 20 ss.; y *The Task of Law*. Pennsylvania, F. Marshall College, 1944, 24-25.

45. *Interpretations of Legal History*, Gloucester, Peter Smith Publ., 1967 (1ª ed. 1923), 141. "Muchos de estos requisitos los resume la interpretación de la civilización que debemos a Kohler" (*ibidem*). Cfr. nota 28.

Derecho⁴⁶. Observa que, en función de esta historia, cabría hablar de cuatro estadios o períodos: primitivo, de Derecho estricto, de equidad y Derecho natural, y de madurez. Cada período tendría sus necesidades, sus fines peculiares, sus medios para llevarlos a cabo y unos postulados jurídicos que los informan, de modo que unos u otros valores prevalecen según las necesidades del momento. En la etapa de Derecho primitivo, el objetivo inmediato a conseguir es la paz social, conjurando el riesgo de la venganza y la guerra privada. En la de Derecho estricto lo que se pretende es mantener la seguridad general, a través de la seguridad de las instituciones sociales. Se buscan entonces la certeza y la uniformidad en las reglas de modo que se preserve el *statu quo* social. La etapa de equidad y Derecho natural resalta ante todo la conformidad que la actuación jurídica debe tener con la moral y las buenas costumbres. Pone el acento en los deberes, busca la conformidad con la razón y la justicia más que la certeza. Finalmente, en períodos de madurez del Derecho se ha insistido en la igualdad de oportunidades en Derecho, y en la seguridad de adquisiciones y transacciones, acentuándose la dimensión de los derechos individuales, y separándose claramente lo moral y lo jurídico. La propiedad y el contrato resultarían entonces las instituciones jurídicas centrales⁴⁷.

46. Cfr., sobre todo, los artículos "The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines", *Harvard Law Review*, 1913-14, (27), 195 ss.; "The End of Law as Developed in Juristic Thought", *Harvard Law Review*, 1913-14, (27), 605 ss; y "Twentieth-Century Ideas as to the End of Law", en VV. AA., *Harvard Legal Essays*, Cambridge, 1934, 357-375.

47. Lo sintético del presente estudio hace que aquí se ofrezca tan sólo un esbozo de cada período, sin abordar la cuestión como merece el largo y minucioso análisis de Pound al respecto. No es que cada etapa haya sucedido rigurosamente a la anterior en *todo* lugar y tiempo, además de que el propio Pound da por supuesto que las divisiones de ese estilo son algo arbitrarias. Para una exposición más detallada de estas etapas, cfr. los artículos de Pound citados en la nota anterior, así como *Jurisprudence*, I, 359-547; *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 2ª ed. revisada 1954, 33 ss. y Mc LEAN, Edward B., *Law and Civilization. The*

Durante el siglo XIX —explica— la historia del Derecho se escribió en términos del cada vez mayor reconocimiento de los derechos individuales. Se vivía entonces un período de madurez del Derecho en el que se trataba de poner por obra la idea, surgida con la Edad Moderna y elaborada a partir de Kant, del Derecho como algo existente para promover o permitir el máximo de libre albedrío individual. Cuando se hubo alcanzado este objetivo, dice Pound, las posibilidades jurídicas de aquella concepción se agotaron. El sistema de promoción al máximo del libre albedrío había llegado a producir más fricciones de las que había suprimido y a fomentar, más que a suprimir, el derroche de los recursos naturales. En el mundo occidental la revolución industrial estaba en marcha, no había más continentes que colonizar y descubrir, y las organizaciones y la división del trabajo se habían extendido de tal manera que nadie podía ya continuar intentando cualquier cosa para conseguir beneficios. La economía se había modificado sensiblemente, y con ella las condiciones de vida de amplias esferas sociales. Nuevas actividades y nuevas relaciones económicas hacían surgir la necesidad de unas correspondientes instituciones y relaciones jurídicas que los ordenamientos jurídicos de aquel tiempo no estaban capacitados para afrontar. Aunque abogados y teóricos continuaron repitiendo la antigua fórmula, el Derecho empezó a orientarse en otra dirección⁴⁸. Comenzó a limitarse mediante la legislación el uso de la propiedad, al igual que el ejercicio "anti-social" de las libertades, la libertad de contratación... Además, se impusieron algunas formas de responsabilidad sin culpa, bastantes *res communes* y *res nullius* se convirtieron en *res publicae*, etc⁴⁹. En países donde

Legal Thought of Roscoe Pound, cit., cap. 2. Una excelente síntesis de esta periodificación la ofrece RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Historia del pensamiento jurídico* (5ª ed.), Madrid, Universidad Complutense, 1984, 444-449.

48. Cfr. *An Introduction to the Philosophy of Law*, 41-42.

49. Cfr. *Jurisprudence*, I, 432-455.

los tribunales no estaban sujetos a una estricta aplicación de las leyes se tardó algo más en asimilar este cambio de actitud, pero finalmente acabó adoptándose. Se entró en una etapa que Pound denomina de "socialización", la cual que vendría caracterizada por una explicitación de la finalidad del Derecho.

A finales del siglo pasado y principios del actual –prosigue Pound– surgieron nuevas teorías acordes con estas circunstancias. Había una preocupación, tanto a nivel práctico como teórico, por la eficacia del Derecho, más allá de la consistencia lógica (analítica) de las normas, su justicia en abstracto (filosófica) o su adaptación espontánea al Derecho considerado como producto histórico. Los juristas comenzaron a pensar en la finalidad del Derecho no como un máximo de posibilidades de asegurar derechos –esto es, de autoafirmación individual–, sino como el máximo de satisfacción de las necesidades, deseos o expectativas de los hombres. Creció el interés por la concreta vida individual de los hombres, y al tiempo por la civilización como algo distinto de la organización política.

Factores como el desarrollo de la psicología, la sociología y la economía, las diferencias sociales existentes en la época, etc., contribuyeron a este cambio de paradigma. Otra tendencia no menos significativa fue la difusión de un relativismo generalizado en cuanto a la posibilidad de hallar criterios definitivos de valoración en Derecho. La primera cuestión a resolver entonces sería, más bien, la de reconocer y asegurar las necesidades de los hombres y de la sociedad en su conjunto⁵⁰. El Derecho como conjunto de criterios y directrices para la resolución de conflictos tendría como objeto esas demandas. Pound –siguiendo en esto a Kholer– piensa que dichos criterios serían relativos a una civilización determinada en el espacio y en el tiempo, y esto en

50. La conjunción de relativismo y Estado social logró su consagración política con la República de Weimar. Se trataba de una mentalidad dominante en el espíritu alemán de aquella época, la cual venía expresada en las llamadas "ciencias de la cultura".

tres sentidos: como producto suyo, como medio para mantenerla y como medio para promoverla⁵¹.

Aunque con matices, Pound se adhiere básicamente a este punto de vista⁵². Por esta razón, las propuestas de la "jurisprudencia sociológica" se han de enmarcar dentro de una actitud civilizadora de cariz funcional. No es extraño, por tanto, su insistencia en que el orden jurídico no debe permanecer en suspenso hasta que los filósofos hayan alcanzado la tarea, para él imposible, de identificar y definir los valores últimos y absolutos por los que debiera regirse. "Se nos dice hoy en día que es imposible encontrar criterios de valoración (*a measure of values*) en Derecho. Pero habrá que utilizar alguno, de igual manera que se ha venido haciendo (...) en el pasado"⁵³. Pese a que no haya unos criterios de valoración universalmente aceptados, eso no significa que tengamos que dejar a la sociedad regirse por la sola fuerza⁵⁴, sino más bien al contrario, pues la experiencia muestra que los hombres no se conforman fácilmente con vivir bajo un sistema de normas justificadas por la mera imposición de parte de quienes detentan el poder de la organización política en ese momento.

Al introducir la idea de control social como unificadora de los sentidos de lo jurídico, Pound sitúa el Derecho como una fase especializada de lo que, en una panorámica más amplia, es la ciencia de la sociedad. Las instituciones, los preceptos y las doctrinas jurídicas son en ese sentido instrumentos de control social, susceptibles de ser mejorados en referencia a sus fines por un esfuerzo consciente e inteligente. No obstante, con esto no

51. Cfr. KHOLER, Josef, *Moderne Rechtsprobleme*, 2ª ed. 1913, 1, cit. en *Jurisprudence*, III, 5.

52. *An Introduction...*, 44.

53. *My Philosophy of Law*, 262.

54. Cfr. *Social Control through Law*, cit., 108-109; "How Far Are We Attaining a New Measure of Values in Twentieth-Century Juristic Thought?", *West Virginia Law Quarterly*, 1936, (42), 81-94.

cree estar excluyendo el lado ético del orden jurídico, de los preceptos, del proceso. La filosofía, la ética, la política y la ciencia del Derecho están llamadas a colaborar, pero cuando se habla de Derecho, la colaboración tiene lugar en relación a problemas que lo son de la ciencia del Derecho. Pound entiende entonces que, cualquiera que sea el criterio último de valoración que la filosofía pueda encontrar, la ciencia del Derecho ha de encontrar un criterio próximo, inmediato, puesto que el Derecho es un asunto práctico de armonización, ajuste y —en la medida de lo posible— integración de las expectativas humanas en conflicto. Este criterio práctico e inmediato Pound cree hallarlo en la idea de "ingeniería social".

2. *El Derecho visto como "ingeniería social": la teoría de los intereses*⁵⁵

2.1. *Planteamiento general*

El ámbito de la libre actuación humana en sociedad, así como los posibles bienes u objetos sobre los cuales ejercerla —argumenta Pound—, son limitados. Por contra, las demandas en relación a esos bienes u objetos son infinitas, y esto da lugar a conflictos entre individuos y entre grupos. El trasfondo de la tarea de juristas, legisladores y jueces deberá ser, pues, la ordenación

55. Esta es una de las aportaciones más significativas y estudiadas de la filosofía jurídica poundiana. Cfr., por ejemplo, PATTERSON, Edwin W., "Pound's Theory of Social Interests", en VV. AA., *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford University Press, 1947; GIOJA, A., "Prólogo" a la edición castellana de POUND, *Examen de los intereses sociales*, Buenos Aires, Perrot, 1959; GORI, Paolo, "Introduzione" a la edición italiana de POUND, Roscoe, *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna, Il Mulino, 1962.

las actividades de los hombres de manera que pueda satisfacerse el mayor número posible de esas demandas con la menor fricción y desgaste. De ese modo se armonizaría el ejercicio de las voluntades de los hombres mediante una ley universal que otorgaría el máximo de libertad posible a cada uno⁵⁶. Detrás de este planteamiento se encuentra —como el propio Pound hace notar— la filosofía pragmatista de William James, el cual había empleado argumentos similares en términos de teoría ética⁵⁷.

"La tarea que incumbe a las ciencias sociales es la de hallar la manera de conseguir que el proceso de satisfacer las necesidades humanas resulte cada vez menos costoso, que pueda funcionar con menos desgaste, que sea más eficaz para satisfacer continuamente una mayor suma de necesidades humanas. En la medida en que estos objetivos puedan ser alcanzados o impulsados por el orden jurídico, pertenecen al campo de la ciencia del Derecho"⁵⁸. El fin del Derecho sería el logro de ese máximo de satisfacción armónica de los intereses humanos. Según esto, el orden jurídico puede ser perfectamente imaginado como una tarea o serie de grandes tareas de "ingeniería social".

El Derecho mantiene el orden en la sociedad —el control social— desempeñando una ingente tarea que Pound describe

56. Cfr. *My Philosophy of Law*, 251.

57. "Al fin y al cabo, en la búsqueda de un principio universal acabamos siendo conducidos al principio más universal de todos: que la esencia del bien es la satisfacción de demandas (...) Visto que todo lo que se demanda es bueno por el sólo hecho de ser demandado, y ya que en este pobre mundo todas las demandas no pueden ser satisfechas, ¿acaso no deberá ser el principio que guíe la filosofía ética el de satisfacer en todo tiempo el mayor número de demandas de que seamos capaces?" (JAMES, William, *The Will to Believe*, 1897, 195, citado en *Jurisprudence*, tomo I, 542-543). El postulado jamesiano de que todo lo demandado es bueno por el hecho de serlo parece, sencillamente, descansar en el aire. Además, los riesgos que comporta semejante fundamentación del orden jurídico saltan a la vista, sobre todo en sede de Derecho público. Por ejemplo, ¿cómo explicar, en clave de satisfacción de demandas, la existencia de un Derecho penal?

58. *Social Control through Law*, 158.

como una "ingeniería" de ordenación de las relaciones humanas a través de la acción de la sociedad políticamente organizada. Recurre a esa analogía porque le parece que proporciona una interpretación activa, procesual y no determinista, que invita a pensar en las instituciones jurídicas no sólo como cosas que son, sino ante todo como cosas que se hacen⁵⁹. Pound, adoptando una idea de Ihering, denomina técnicamente "intereses" a todas esas reclamaciones o expectativas que las personas plantean *de facto*, y a las que el Derecho ha de responder de alguna manera si se quiere que las sociedades organizadas perduren⁶⁰. Como consecuencia, entiende que el problema más importante que los juristas deben afrontar radica precisamente en el adecuado tratamiento de dichos intereses.

59. *Interpretations of Legal History*, 151-152. Sin embargo, la metáfora ingenierística no resulta, en principio, muy afortunada. "Ingeniería social" parece un término demasiado amplio para describir el Derecho. Como dice E. Bodenheimer, "(s)i imaginamos un orden social basado en un tipo de control puramente administrativo, el término puede tener la misma o incluso mayor justificación. Hasta una autocracia puede hacer una labor efectiva de ingeniería social; podría incluso –al menos en algunos aspectos– ser más eficaz que un orden social basado en el Derecho. El término 'ingeniería social' comporta un tipo de regulación planificada según el principio de utilidad. Esta connotación es diferente de las asociaciones mentales que conectamos con el término 'Derecho'" (BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, trad. V. Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, 351).

60. *Jurisprudence*, III, 15. Y en otro lugar: "*I should define an interest, for the present purpose, as a demand or desire which human beings either individually or in groups or in associations or in relations, seek to satisfy, of which, therefore, the ordering of human relations must take account*" (*My Philosophy of Law*, 259). Reservas semejantes a las anteriores se han hecho con respecto al papel central de los intereses en Pound. De nuevo Bodenheimer: "Sería absurdo discutir...(que)...una de las finalidades más importantes del Derecho es reconciliar los intereses contrapuestos. Pero parece necesario ir más allá... Los intereses sociales pueden ser satisfechos por medios distintos del Derecho. Con decir que el Derecho es un instrumento para satisfacer intereses, no se pone de manifiesto su naturaleza". Según esto, el aseguramiento de intereses sería no tanto la finalidad del Derecho cuanto una finalidad de la vida social en general (Cfr. BODENHEIMER, *op. cit.*, 352-353).

No se trataría, sin embargo, de que todo interés deba ser protegido por el Derecho. Más bien "se trata de que si, en cualquier campo de las conductas y de las relaciones humanas, el Derecho, valiéndose de la maquinaria de que dispone, puede satisfacer un interés, debe hacerlo, pues no hay ningún límite rígido ni esencial que se oponga a ello"⁶¹. Si no se pueden satisfacer todas las necesidades, deben ser satisfechas la mayor parte de ellas en la medida en que sea razonablemente posible.

Adviértase –dice Pound– que el Derecho no crea esos intereses. Los encuentra ante sí, clamando por protección y seguridad, y a menudo en competencia. Lo que hace el Derecho es clasificarlos, otorgar reconocimiento a un determinado número de ellos, definir los límites dentro de los cuales deben ser reconocidos y establecer la prioridad de unos frente a otros. "Todas estas tareas requieren un pleno conocimiento (sociológico) de los intereses, así como también requieren ideas claras sobre las pautas valorativas, para determinar cuáles deben ser los intereses protegidos, en qué medida y de qué manera"⁶².

2.2. *Clasificación de los intereses*

En primer lugar, el Derecho debe hacer un inventario y posterior clasificación de los intereses que pugnan por reconocimiento jurídico, para a continuación seleccionar los que le merezcan protección, fijando los límites dentro de los cuales se esforzará por protegerlos.

El hecho de que sean las personas singulares las que planteen intereses no significa que todos los intereses sean de carácter individual. Quedando a salvo que una misma pretensión pueda

61. RECASENS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, vol. 2, México, Porrúa, 1963, 613.

62. *Ibid.*, 614.

ser vista desde distintas perspectivas y formulada por diferentes títulos, los intereses pueden dividirse *prima facie* en tres clases⁶³:

a) Intereses individuales⁶⁴. Son, en primer lugar, aquellas pretensiones o necesidades que hacen directa referencia a la personalidad individual: vida, integridad corporal, salud, libertad frente a la coacción, libertad de domicilio y de movimiento, libre contratación, libertad de creencia y de opinión, libertad de trabajo, honor, etc. Entre los intereses que Pound denomina individuales figuran también los concernientes a las relaciones familiares (de un matrimonio frente a terceros; de un esposo frente a otro; de los hijos frente a los padres y viceversa, etc.), así como las pretensiones de carácter patrimonial individual: propiedad, cumplimiento de contratos, libertad de asociación, etc.

Estos son —escribe Pound— los intereses que en otras teorías jurídicas se conocen como "derechos naturales", en cuanto no procedentes del Estado, y a los que en siglos pasados pretendió llegarse desde construcciones como el contrato social, las cualidades del hombre en abstracto o alguna fórmula de lo justo de origen metafísico, etc⁶⁵. Cada uno de estos intereses tropieza a veces con otros intereses también reconocidos, y, por lo tanto, requiere limitación, lo cual plantea en no pocas ocasiones problemas difíciles tanto a los tribunales como a los legisladores.

63. Cfr. *Jurisprudence*, III, 23; RECASENS SICHES, Luis, *Panorama...*, 614 ss. Su clasificación recuerda el análisis de las condiciones de la vida social propuesto por Ihering en *Der Zweck im Recht*, que distinguía entre individuales, estatales y sociales. Y lleva consigo inevitablemente un grado de abstracción respecto a las reclamaciones *de facto* que se pretenden proteger.

64. Cfr. "Interests of Personality", *Harvard Law Review*, 1915, (28), 343 ss. y 445 ss.; "Individual Interests in the Domestic Relations", *Michigan Law Review*, 1916, (14), 177 ss.; *An Introduction to the Philosophy of Law*, cap. 5 y *Jurisprudence*, III, 25-235.

65. Véase su argumentación en *Jurisprudence*, III, 25-28.

b) Intereses públicos⁶⁶. Son pretensiones o demandas surgidas en la perspectiva de la vida de la sociedad políticamente organizada, y con ocasión de ésta. Se trata de necesidades de la organización política en sí misma considerada, y por tanto conviene tratarlas como reclamaciones de la organización política en cuanto entidad jurídica. Se estaría hablando entonces de los intereses del Estado en cuanto persona jurídica (integridad, seguridad de la organización política, funcionamiento eficiente de la maquinaria de gobierno, propiedad pública) y no en cuanto garante de los intereses sociales. En última instancia cabría reconducir estos intereses a un interés social en la seguridad de las instituciones. Sin embargo, la misma existencia de una organización política conllevaría ciertas expectativas tan específicas que deben considerarse con independencia de las de otras instituciones sociales, y así lo ha entendido desde siempre el Derecho.

c) Intereses sociales⁶⁷. Son deseos o expectativas concebidos y formulados en términos de vida social, y que se entienden como deseos o expectativas del grupo social en su conjunto. El objeto de algunos de ellos corresponde al de intereses individuales o públicos, como sucede, p. ej., con el interés *social* por la vida individual. Se trata por tanto de intereses más amplios y difusos que los individuales, ocasionados por y desde la vida en sociedad.

Entre los intereses sociales se encuentran la seguridad general en sentido amplio (que incluye intereses como la paz, el orden, la salud pública o la seguridad de las transacciones; el interés en la seguridad de las instituciones sociales (familiares, religiosas, políticas, económicas); la seguridad en la eficacia de las normas jurídicas. También el bien común ocuparía un lugar central en este ámbito, si bien su correcta interpretación plantea problemas cuando entra en competencia con ciertos intereses individuales:

66. Cfr. "Law and the State-Jurisprudence and Politics", *Harvard Law Review*, 1943-44, (57), 1204-1211; *Jurisprudence*, III, 235-268.

67. Cfr. "A Survey of Social Interests", *Harvard Law Review*, 1943-44, (57), 1 ss.; *Social Control through Law*, 75-78; *Jurisprudence*, III, 268-324.

algunos serán considerados superiores al bien común y otros no. Otros intereses sociales serían, p. ej., el progreso y la difusión de la cultura, la decencia pública, la conservación de los recursos naturales, etc.

Este esquema de intereses no es fijo e inamovible, pues al operar sobre la vida de los hombres, la tarea del orden jurídico en relación a los mismos nunca puede considerarse como terminada. Pound concibe el Derecho como algo fluido, que cambia cuando cambian las condiciones sociales a las que debe su vida. Los intereses no reconocidos siguen ejerciendo constantemente una presión para obtener mañana el reconocimiento que ayer no consiguieron. Los intereses que ayer fueron reconocidos sólo parcialmente se esfuerzan por ampliar el ámbito de su protección. Intereses reconocidos en un pasado pueden perder título razonable para ser protegidos al cambiar las circunstancias. Al transformarse las realidades sociales quedan a veces modificadas las relaciones entre los diversos intereses concurrentes. Con el tiempo surgen nuevos intereses y sus portadores presionan a legisladores y jueces para su protección, etc. Porque, al fin y al cabo —razona— siempre se han producido conflictos entre las fuerzas que desean conservar el orden social y las que pugnan por establecer uno nuevo.

2.3. *Criterios de valoración*

Para seleccionar los intereses que le merecen protección y hasta qué límites, el Derecho debe contar con unos principios o criterios de valoración con los que sopesar los distintos intereses, priorizarlos y optar por unos u otros en caso de conflicto. Criterios que, al fin y al cabo, sirvan para orientar al legislador en su regulación y al juez en su aplicación del Derecho. Como era de esperar, Pound se muestra escéptico respecto a la posibilidad de

una determinación absoluta de ese valor⁶⁸. Se limita a adoptar criterios procedimentales de prelación entre las distintas clases de intereses, y a recordar la *regla aurea* que, a modo de postulado, toma de James: satisfacer el mayor número posible de demandas con la menor fricción y desgaste posibles. Veámoslo.

A menudo –afirma– hay diferentes maneras de contemplar una misma reclamación o expectativa, al poderse presentar ésta por distintos títulos. Ha de tenerse entonces cuidado para evitar comparaciones inadecuadas de intereses en un mismo plano, ya que no pocas veces la forma de plantear el conflicto puede decidir de antemano la cuestión. En general, aunque no siempre, conviene expresar las reclamaciones o demandas en su forma más general, esto es, como intereses sociales, para así compararlos. Sin embargo, en problemas relativamente simples, a veces es posible y preferible tener presentes todos los factores comparando los intereses individuales puestos directamente en juego.

Como regla general, por tanto, "cuando consideramos qué reclamaciones o demandas reconocer y dentro de qué límites, y cuando buscamos ajustar reclamaciones o demandas encontradas y superpuestas en algún nuevo aspecto o situación, es importante

68. Cfr. *Social Control through Law*, 103-131, y *Jurisprudence*, III, 327-334. El tratamiento que hace Pound de esta cuestión resulta un tanto decepcionante, a la vez que aporta un indicio muy significativo de su talante relativista y pragmático. Primero, si se quiere, por lo breve: frente a las más de trescientas páginas que dedica previamente en *Jurisprudence* a inventariar y clasificar intereses –deteniéndose en ocasiones hasta extremos nimios–, algo tan central como la valoración de los mismos se despacha en apenas siete páginas del mismo volumen. Y después por lo superficial: rechaza las demás posturas sin más argumentación que la de proclamar su escepticismo y trasladar el problema al campo de la filosofía socio-política. Como apunta Rodríguez Paniagua (*op. cit.*, 72), no parece haberse planteado la posibilidad de encontrar otras fórmulas, menos absolutas, pero de alguna manera independientes de los simples gustos de las gentes o de los acuerdos o supuestos de cada "sociedad civilizada". Esta sería por consiguiente una de las grandes limitaciones de la doctrina de Pound, y en general, de todos los sociologismos jurídicos.

subsumir los intereses individuales bajo intereses sociales y sopesarlos entonces como tales"⁶⁹. Por otro lado, cuando se reconozca, delimite y asegure jurídicamente un interés, es importante identificar el interés individual generalizado que lleva detrás, definiendo y dando significado al derecho subjetivo de que se trate.

Pound es consciente de que desde la filosofía jurídica se han intentado elaborar métodos con los que medir la importancia intrínseca de los distintos intereses. Se ha buscado con ello una fórmula absoluta según la cual pueda asegurarse que prevalecerán en cada caso los intereses intrínsecamente más valiosos. Si eso fuera posible, se simplificaría enormemente la tarea de legisladores, jueces, funcionarios y juristas en general, y se produciría una mayor estabilidad, uniformidad y certeza en la administración de justicia. Pero si es posible o no —continúa—, es algo que debe responder la filosofía social y política. "[P]or muy común y natural que sea para filósofos y juristas la búsqueda de semejante método, actualmente hemos acabado por pensar que tal búsqueda es vana. Probablemente, el jurista no pueda hacer otra cosa que reconocer la existencia del problema y percibir que se le plantea como un urgencia práctica de asegurar el esquema completo de intereses sociales hasta donde pueda"⁷⁰.

Cabría, sin embargo, adoptar entonces dos principios —suministrados por la filosofía utilitario-social del Derecho y generalmente asumidos en la práctica jurídica— que vendrían, en su opinión, a sacar al jurista de la perplejidad⁷¹. En primer lugar, el de que los intereses individuales deben ser asegurados por el Derecho porque a través suyo, y en la medida en que lo sean, se aseguran determinados intereses sociales. No obstante, Pound formula aquí una objeción: si esto fuera así, se estaría adscri-

69. *Jurisprudence*, III, 330.

70. *Ibid.*, 331.

71. Cfr. *ibid.*, 332-334.

biendo absolutamente y de una vez por todas determinadas demandas en una categoría concreta de intereses individuales o sociales. Por contra, él entiende que la subsunción de cada interés individual en otro social tiene un objetivo meramente instrumental, a saber: la comparación con otros intereses sociales a los que se les aplica el mismo procedimiento, en orden a sopesarlos y dar prioridad a uno u otro.

En segundo lugar, como principio clave en la valoración de intereses, ha de procurarse el aseguramiento del mayor número de intereses con el menor sacrificio posible de otros intereses. Pound muestra también su conformidad inicial con este criterio, pero vuelve a matizar: se trataría más bien de procurar el aseguramiento de todos los intereses reconocidos tanto como sea posible con el menor perjuicio del conjunto, del esquema de intereses en su totalidad.

Así como el esquema de intereses establecidos se extrae de reglas, principios y precedentes, los postulados jurídicos se perfilarían en las implicaciones valorativas de los esquemas globales de intereses ya reconocidos por el Derecho.

2.4. *Medios para garantizar intereses*

Habría que averiguar ahora cuáles son los medios e instrumentos específicos por medio de los cuales logra el Derecho esta finalidad que se propone. Un sistema jurídico —explica Pound— consigue su objetivo de asegurar intereses *individuales* (y en esto consistiría básicamente lo que se conoce como Derecho privado) a través de cinco medios distintos⁷²; la atribución de personalidad jurídica⁷³; la concesión de derechos subjetivos y facultades

72. *Ibid.*, 334 ss.

73. Persona para el Derecho sería todo ser humano o *universitas* a los que se les reconociera y protegiera algún interés en Derecho. Este sería el primer

jurídicas⁷⁴; el reconocimiento de libertades, bien naturales, bien implícitas en la personalidad jurídica; la concesión o el reconocimiento de privilegios (esto es, la exención de responsabilidad en determinadas ocasiones); y la imposición de responsabilidad y deberes jurídicos.

Los intereses *públicos*⁷⁵ se aseguran, primer lugar, mediante la concesión de personalidad jurídica al Estado y a las corporaciones públicas, y la consiguiente atribución a las mismas de derechos, facultades y privilegios. También por la concesión de facultades o privilegios a las personas individuales cuando su provecho sea el del interés público. En estos casos, el Derecho confía a los particulares la persecución del interés público⁷⁶. Cabe, en último lugar, asegurar los intereses públicos con la imposición a los particulares de deberes jurídicos absolutos, esto es, sin derecho correlativo.

Por último, los intereses sociales se verían asegurados en Derecho a través de la imposición de deberes jurídicos absolutos —respaldados por sanciones administrativas o penales—; la concesión a las corporaciones públicas y en algunos casos a los particulares —como garantes de los intereses sociales— de derechos y facultades; la concesión de privilegios o exenciones en ciertas situaciones; y la creación de agencias administrativas que promuevan el interés social.

medio que el Derecho emplea, no sólo desde el punto de vista lógico, sino también cronológico.

74. El orden jurídico no se ocuparía primordialmente de derechos, sino de intereses, aspiraciones y pretensiones. De este modo, un derecho subjetivo no sería más que uno entre los varios medios para la satisfacción de intereses: "se ha exagerado mucho su importancia en el pasado", dice (cfr. *Interpretations of Legal History*, 159). La afirmación se justifica en las páginas siguientes de *Interpretations*, en relación a la controversia con el individualismo jurídico del s. XIX.

75. Cfr. *Jurisprudence*, III, 341 ss.

76. Por ejemplo, la concesión de legitimación activa a los particulares para denunciar la imposición ilegal de cargas fiscales (cfr. *ibid.*, 342).

Habiendo conferido o reconocido derechos, facultades, libertades y privilegios, el Derecho ha de proporcionar a continuación medios ulteriores para asegurar su efectividad, pues la sola concesión o el reconocimiento a veces no bastan. Pound se refiere a dos métodos de los se sirve que el Derecho con ese objetivo: el castigo o sanción (*punishment*) en forma de multas, penas, etc.; y la compensación (*redress*), sea ésta específica, sustitutoria o preventiva.

III. EL MOMENTO APLICATIVO DEL DERECHO

1. *Límites de eficacia de la acción del Derecho*

Decir que la eficacia de la acción jurídica tiene limitaciones, y que éstas a veces son importantes, es expresar una realidad comprobable a simple vista, que no precisa de especial demostración. Y sin embargo, Pound entiende que la suerte del Derecho —y con ella la verdadera satisfacción o insatisfacción de los intereses que constituyen su razón de ser— está en su puesta en acción. Por esta razón, se ocupa del problema de los límites a la acción del Derecho a continuación de su tratamiento de los intereses y en conexión con el mismo⁷⁷.

Un primer grupo de limitaciones vendría impuesto por el mismo objeto del Derecho, ya que éste sólo se ocupa del ámbito externo de las cosas y de la actuación humana. Hay que contar además con que no siempre es fácil el esclarecimiento de los hechos a los que se van a aplicar los preceptos. Por si fuera poco, la intangibilidad de ciertos deberes moralmente importantes (la gratitud, por ejemplo) hace que escapen a la acción del Derecho. Otro grupo vendría dado por la naturaleza de ciertos intereses

77. Cfr. *Jurisprudence*, III, 353 ss.; *The Task of Law*, cap. 3; "The Limits of Effective Legal Action", *International Journal of Ethics*, 1917, (27), 150 ss.

que, aunque presionen para su reconocimiento por el Derecho, no serían susceptibles, al menos aquí y ahora, de un aseguramiento eficaz. Más grave aún es la imposibilidad de evitar amenazas, a veces graves, a intereses considerados importantes, debido a la sutileza de aquéllas o a la imposibilidad de forzar el cumplimiento de los preceptos que los protegen (piénsese en el deber de convivencia entre esposos, por ejemplo). Por último —escribe Pound— hay limitaciones a la acción del Derecho que tienen su origen en que el Derecho ha de confiar en instancias externas para poner su "maquinaria" en movimiento. O lo que es lo mismo: los preceptos jurídicos no pueden imponerse o hacerse cumplir por sí solos. Las leyes las aplican, las ejecutan y las cumplen seres humanos. De este hecho se derivan ciertas limitaciones a la eficacia de los preceptos que Pound denomina "psicológico-sociales". Son circunstancias como éstas las que permiten hablar de un "Derecho en los libros" como contrapuesto al "Derecho en acción"⁷⁸.

Fiel a su inclinación pragmatista, Pound saca la conclusión de que para asegurar su cumplimiento, los preceptos deben proporcionar de alguna manera cierta ventaja individual inmediata y obvia que mueva a unos a la obediencia o que proporcione a otros un motivo para hacerla cumplir. De este modo, la eficacia del Derecho dependería principalmente no sólo —como ya se ha visto— del éxito que obtenga en la identificación de los intereses sociales protegidos con el interés o provecho individual en los mismos, sino también del provecho individual que él mismo proporcionase. El Derecho ha de poder asegurarse de que sus disposiciones serán cumplidas o hechas cumplir por quienes obtendrían provecho de ello. Esa sería ante todo para Pound la clave del buen funcionamiento de los preceptos, y no cuestiones como si son formalmente ejecutables, si expresan o no correcta-

78. Cfr. *Jurisprudence*, 360 y ss.; "Law in Books and Law in Action", *American Law Review*, 1907, (44), 12 ss.

mente la experiencia humana, si son intrínsecamente justos, etc.⁷⁹.

2. *El proceso judicial en acción*⁸⁰

La puesta en acción del Derecho corre normalmente a cargo de los jueces y tribunales: ellos son quienes suelen decidir en Derecho los conflictos de intereses. Pound estudió en profundidad el papel de los agentes jurídicos como "ingenieros sociales" y especialmente el del juez, completando el trabajo de Holmes de dirigir el énfasis judicial desde la regla legal formal a su valor social. Piensa que el juez debe tratar de conformar el sistema de derechos, deberes y remedios para lograr la máxima satisfacción de intereses sociales. En vista de lo cual el análisis de la labor judicial cobra una importancia capital.

La decisión de los casos a través de un proceso judicial va precedida por una serie de operaciones previas: 1) esclarecimiento de los hechos, 2) descubrimiento del Derecho aplicable, 3) interpretación del mismo y 4) efectiva aplicación al caso de que se trate. A la fase de esclarecimiento de los hechos se ha hecho ya referencia en el epígrafe anterior. Las demás etapas no siempre tienen contornos precisos. Es en el momento de descubrir el Derecho aplicable —observa Pound— cuando hay que conducirse a menudo según una técnica jurídica vinculante en el análisis de los preceptos, mediante la cual se posibilita la interpretación y el desarrollo analógico del Derecho. La fase de interpretación de suyo viene condicionada por la posterior aplicación y vinculada a ella, y nos coloca delante de una realidad

79. Cfr. *Jurisprudence*, III, 370-372.

80. Cfr. "The Enforcement of Law", *Green Bag*, 1908, (20), 401 ss.; "A Theory of Judicial Decision", *Harvard Law Review*, 1922-23, (36); 641 ss., 802 ss. y 940 ss.

que Pound considera cierta e inevitable: la elaboración judicial del Derecho.

En la etapa de Derecho estricto —explica— se originó la presunción de que la función de jueces y tribunales consistía en interpretar simplemente los preceptos mediante el proceso exacto de deducir lógicamente su contenido implícito y aplicarlo mecánicamente. Se quería así escapar a la excesiva casuística y al estilo sentencioso del derecho primitivo. Más tarde, la racionalización filosófica del intento de evitar la administración de justicia excesivamente personal —en la que se incurrió con frecuencia durante la etapa de equidad y derecho natural— reforzó la presunción de que la aplicación era un proceso mecánico y mera fase de la interpretación. Esta racionalización adoptó forma científica en el siglo XVIII con la teoría de la separación de poderes: el órgano legislativo hacía las leyes, el ejecutivo las administraba y el judicial las aplicaba en la decisión de conflictos. En el pensamiento jurídico angloamericano se admitió que los tribunales debían interpretar a fin de aplicar, pero de ninguna manera se pensó que la interpretación consistiera en elaborar Derecho, creyéndose que la aplicación era puramente mecánica. El juez debía simplemente encontrar y reconocer la norma aplicable mediante un proceso de deducción. Una decisión judicial no sería Derecho, sino meramente una demostración del *common law*, sistema racional que contendría en sí todas las reglas requeridas para la decisión de los casos particulares. En Europa continental, la Codificación pensó que la interpretación formuladora de reglas obligatorias para los casos futuros sólo estaba en la esfera del legislador. La madurez jurídica, en fin, no estaba dispuesta a admitir que el juez o el jurista pudieran aportar algo⁸¹. Tuvo que ser Austin el que demostrara, a su pesar, que gran parte de lo que se tiene por interpretación es realmente un proceso de auténtica creación de Derecho cuando no hay norma

81. *An Introduction to the Philosophy of Law*, 48-49.

aplicable al caso concreto o las que hay no bastan. Ya en el presente siglo se ha insistido mucho desde distintos ámbitos de la filosofía jurídica en que el proceso judicial no siempre se realiza —a veces ni siquiera se intenta realizar— conforme al conjunto de preceptos establecido de antemano⁸², esto es, conforme a lo que podría llamarse "Derecho en los libros".

Es cierto que la determinación del Derecho aplicable puede consistir únicamente en señalar el texto apropiado de un código o de una ley. En tal caso el juez debe proceder entonces a establecer el significado de la norma (*rule*) y a aplicarla. Pero muchas veces la solución no es tan simple: tal vez haya más de una norma aplicable, y las partes discuten acerca de cual de ellas debe ser el fundamento de la decisión. "En ese caso las diversas normas tienen que interpretarse de manera que pueda hacerse una elección inteligente. A menudo la interpretación genuina de las normas existentes demuestra que ninguna es apropiada para resolver el caso (...) por lo que deberá proporcionarse una norma nueva". Y es que "[s]uministrar una norma que ha de decidir el caso es un elemento necesario en la resolución de una gran multitud de causas que llegan a los más altos tribunales de justicia, y a menudo la causa de que las partes no se conformen con someterse a las sentencias de los tribunales inferiores es que hay que fijar una norma"⁸³.

Continúa Pound: "Los casos que reclaman una interpretación genuina son relativamente pocos y simples (...) Promulgar leyes es función del órgano legislativo. Pero la naturaleza del caso puede no hacerlas tan completas y comprensivas que el órgano judicial no se vea obligado a ejercer cierta función creadora de Derecho. Este último (el órgano judicial) habrá de considerar que ésta es una función subalterna... pero, con todo, es parte

82. *Jurisprudence*, IV, 14.

83. *An Introduction...*, 50.

necesaria del poder judicial"⁸⁴. Lo que parece claro es que "[l]egislación, administración y jurisdicción no pueden estar rígidamente separadas, ni adjudicadas cada una a un órgano independiente que las tenga como exclusiva competencia suya. Existe más bien una división del trabajo en cuanto a los casos típicos y una distribución práctica e histórica de todo lo demás"⁸⁵.

Según los casos –según también la rama del Derecho de que se trate– la elaboración judicial de Derecho resulta más o menos perceptible o frecuente, y no ha supuesto de ordinario una amenaza a la estabilidad del orden jurídico ni a la certeza y uniformidad del proceso judicial. Pound hace notar que esta manera de proceder encuentra explicación en circunstancias que subyacen al proceso de aplicación del Derecho. En primer lugar, en que los preceptos jurídicos particulares aplicables en principio carecen a veces de garantías psicológico-sociales, y así fracasan en su intento de producir los resultados que deseaban. También se explica por la presión en el caso concreto de nuevos intereses todavía no reconocidos, para que se revise en su favor la delimitación de los ya reconocidos. Otras veces podría tratarse de cambios aún no cristalizados en los ideales jurídicos, y que no obstante resultan decisivos, por ejemplo, para la interpretación y aplicación de los estándares de conducta recogidos en los preceptos⁸⁶.

Pound incluyó como uno de los puntos del programa de la jurisprudencia sociológica el reconocimiento de la importancia máxima de hallar una solución justa y razonable de los casos concretos, tanto en el ámbito del Derecho privado como en el Derecho penal y el administrativo⁸⁷. Porque no es inusual

84. *Ibid.*, 51.

85. *Ibid.*, 50.

86. *Jurisprudence*, IV, 15.

87. Para algunos este punto es tal vez el de mayor alcance en la jurisprudencia sociológica (RECASENS SICHES, *op. cit.*, 618). Pound –y con él otros pensadores de su generación– defendió la conveniencia de elaborar un

—comenta— que, al llevar a la práctica una solución dada a un conflicto por una sentencia, se produzcan efectos distintos e incluso contrarios a los que se pretendían, resultando aquella ineficaz o contraproducente. Estas situaciones plantean la conveniencia de rectificar los criterios que antes establecieron, y por tanto el alcance que debe otorgarse a la discrecionalidad judicial. A propósito de este tema, Pound se plantea la posibilidad de una aplicación individualizada de los preceptos. El problema a su entender se presenta a todos los ordenamientos jurídicos que hayan alcanzado cierta madurez, y especialmente en ramas como el Derecho penal. Tales ordenamientos se enfrentan a la necesidad de mantener continuamente el equilibrio entre dos elementos: de una parte, la seguridad general y del orden económico y social, que reclaman certeza, predecibilidad y uniformidad; y de otra, la vida de las personas, demandando una aplicación individualizada⁸⁸. Pound hace un breve análisis al respecto de los distintos modos de individualización existentes en Derecho: la *equity* anglosajona, la *aequitas* romana, la institución del jurado, la regulación a través de estándares, etc.⁸⁹.

Lo que, en cualquier caso, no le parece posible ni deseable es que deba llegarse a una decisión judicial mediante un proceso de subsunción y razonamientos meramente lógico-deductivos. Desde su punto de vista, un juez que desee cumplir satisfactoriamente su misión deberá ser consciente de la finalidad que se propone el Derecho; ponderar, priorizar y asegurar los intereses a cuya sa-

programa de actuación para mejorar el Derecho existente, programa que incluiría medidas como el estudio de los factores que influyen sobre la acción judicial, el examen de los efectos sociales que instituciones, doctrinas y preceptos jurídicos producen en su aplicación por jueces y autoridades administrativas o la elaboración de informes sociológicos en preparación de la actividad legislativa.

88. *Jurisprudence*, IV, 20.

89. Cfr. *ibid.*, 21-36.

tisfacción sirve; y tener un conocimiento íntimo de los factores sociales y económicos que lo modelan e influyen en él.

CONCLUSIÓN

Como ha podido comprobarse, Pound aborda el fenómeno jurídico desde un enfoque funcional, mucho más amplio que el de la mera concentración analítica sobre reglas legales. La definición de "Derecho" que maneja, articulando e integrando distintos sentidos; su tratamiento amplio y detallado del elemento preceptivo y de la técnica jurídica; el inventario y clasificación de los intereses; etc., son buena prueba de ello. Este enfoque responde a un objetivo bien preciso: poner coto a los principales vicios que Pound detecta en la mentalidad jurídica predominante a finales del siglo XIX: logicismo abstracto e individualismo⁹⁰. La lucha se le presentaba, por un lado, en la práctica de los tribunales en su país, imbuida de tradicionalismo y aferrada al método lógico-deductivo en su estricta observancia del sistema del precedente judicial. Por otro, en la justificación teórica de esa manera de proceder —lo que él denominaba *mechanical jurisprudence*—, para la que cualquier consideración de la realidad política, social, económica, etc., debe excluirse del ámbito de estudio del Derecho. Pound entiende, sin embargo, que el conocimiento de esas realidades resulta de la mayor importancia. Consecuentemente, cree que la autosuficiencia formal no hace sino esterilizar la ciencia jurídica, y que ésta debe abrirse a una decidida colaboración con las ciencias sociales, en especial con la sociología,

90. Para una crítica de Pound a las escuelas del siglo XIX y primer tercio del XX, cfr. *The Spirit of the Common Law*, Boston, Marshall Jones Co., 1921, cap. VI, 147 ss.; "The Progress of the Law-Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, 1927, (41), 174 ss.; "Fifty Years of Jurisprudence", *Harvard Law Review*, 1936-37, (50), 557 ss.; 1937-38, (51), 444 ss. y 777 ss.; y *Jurisprudence*, I, 25 ss.

para dar cuenta cabal de los problemas que se le plantean al Derecho, y ofrecer una solución acertada a los mismos.

Fruto de esa oposición, el tono de su obra posee, sobre todo al comienzo, un carácter marcadamente relativista y pragmático, al que contribuye en gran medida el sustrato filosófico que Pound encuentra en la obra de William James, y en el historicismo anglosajón. Desde luego, la insistencia que muestra en la socialización como clave de *su* tiempo es significativa. Tal vez por ello se haya dicho que la aplicabilidad de su doctrina se limita a un tipo concreto de organizaciones socio-políticas en determinada coyuntura histórica⁹¹. O que su talante enciclopedista condiciona a menudo la claridad de su postura⁹²: en efecto, no son pocas las ocasiones en que Pound –gracias en parte a su erudición y a su buena pluma– resulta mucho más reposado, preciso y sugerente explicando el estado de una cuestión en la historia del pensamiento jurídico que exponiendo su propio punto de vista. Años más tarde, el surgimiento del realismo jurídico norteamericano le da pie para matizar en algo ese relativismo y considerar con más atención el elemento ideal del Derecho⁹³, pero no por ello parece alterar su talante funcional-sociologista⁹⁴. Por todo ello, puede decirse que Pound se alinea, dentro de la filosofía jurídica contemporánea, en la dirección moderada de las escuelas sociológicas.

91. Cfr., en este sentido, REUSCHLEIN, *op. cit.*, 111; COTTERRELL, *op. cit.*, 74

92. Entre otros, COHEN, Morris R., *Law and the Social Order*, Hamden, Archon Books, 1967, 347.

93. P. ej. en obras como "Law and State-Jurisprudence and Politics" (1944), "Natural Natural Law and Positive Natural Law" (1952), *Justice According to Law* (1951) y *The Ideal Element in Law* (1958).

94. Esto es fácilmente comprobable durante la lectura de *Jurisprudence* –que Pound publica como compendio definitivo de su doctrina–, tanto por la fidelidad que muestra a conceptos y expresiones sociologistas empleados o acuñados por él en las primeras décadas del siglo, como por su constante rechazo de principios jurídicos inmutables y válidos para todo lugar y época.

Sin embargo, para refutar la doctrina de que el Derecho es el conjunto de normas emanado de la voluntad de los detentadores del poder en una sociedad dada, parece que no basta con demostrar que la voluntad del poder está determinada y modelada por fuerzas políticas, económicas, psicológicas y éticas, y con asignar al orden jurídico la función de controlarlas en beneficio del interés del mayor número. Una vez efectuada la denuncia, las exigencias derivadas de la condición personal del hombre continuarían sin una protección satisfactoria. La solución que Pound ofrece al formalismo se queda, por tanto, a medio camino, cuando él mismo es incapaz de aportar criterios para la valoración de intereses que rebasen lo procedimental. Pienso, por el contrario, que dichos criterios habrían de contar con una carga sustantiva –y en el fondo ética– más decidida. Quedaría por saber hasta qué punto esa carga no viene expresada, pese a las apariencias, en los "postulados jurales" que, en su opinión, cada civilización observa. Pero tal vez las premisas filosóficas que Pound acepta no le permiten dar una respuesta rotunda a esta cuestión.

Seguramente, una aproximación funcional resulta siempre más certera que una mera descripción formal del Derecho. Por ello, y pese a las deficiencias que el intento de Pound puede demostrar, su caracterización instrumental del Derecho y la relevancia que concede al momento aplicativo serían, a nuestro entender, indudables aciertos de la jurisprudencia sociológica. Quizá sean éstos también –junto al pormenorizado análisis de categorías jurídicas que lleva a cabo– los elementos más valiosos que la obra de Pound puede aportar a la reflexión sobre el Derecho español –europeo continental– de finales del siglo XX.